

Il recepimento delle direttive comunitarie n. 23, 24 e 25/2014 ed il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi e lavori, forniture e servizi con specifico riguardo alla gestione dei servizi di interesse economico generale.

I) Premessa.

E' stato recentemente approvato dalla Camera dei Deputati il disegno di legge delega volto a recepire le tre direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014 nonché a riscrivere la disciplina dei contratti pubblici.

La prima novità riguarda i tempi di attuazione della riforma: 18 aprile 2016 per il decreto di recepimento delle direttive e 31 luglio 2016 per il decreto di riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi, con facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo riguardante entrambe le materie, nel rispetto sia dei principi e criteri direttivi generali di cui all'art. 32 della L. 24 dicembre 2012 n. 234¹,

¹ Art. 32 - *Principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione europea*

1. Salvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare, i decreti legislativi di cui all'*articolo 31* sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi generali:

- a) le amministrazioni direttamente interessate provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della massima semplificazione dei procedimenti e delle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi;
- b) ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, anche attraverso il riassetto e la semplificazione normativi con l'indicazione esplicita delle norme abrogate, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione;
- c) gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ai sensi dell'*articolo 14, commi 24-bis, 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*;
- d) al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli *articoli 53 e seguenti del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le

sia dei principi e criteri direttivi specifici contenuti nella legge di delega, sia tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri paesi dell'Unione Europea².

Nell'ipotesi che il Governo opti per l'emanazione di due decreti legislativi distinti nei due termini temporali sopra indicati, il secondo decreto legislativo dovrà conglobare al suo interno anche il contenuto del decreto di recepimento delle

infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera. Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni indicate dalla presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste inoltre le sanzioni amministrative accessorie della sospensione fino a sei mesi e, nei casi più gravi, della privazione definitiva di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, nonché sanzioni penali accessorie nei limiti stabiliti dal codice penale. Al medesimo fine è prevista la confisca obbligatoria delle cose che servono o furono destinate a commettere l'illecito amministrativo o il reato previsti dai medesimi decreti legislativi, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'articolo 240, terzo e quarto comma, del codice penale e dall'*articolo 20 della legge 24 novembre 1981, n. 689*, e successive modificazioni. Entro i limiti di pena indicati nella presente lettera sono previste sanzioni anche accessorie identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi. Nelle materie di cui all'*articolo 117, quarto comma, della Costituzione*, le sanzioni amministrative sono determinate dalle regioni;

e) al recepimento di direttive o all'attuazione di altri atti dell'Unione europea che modificano precedenti direttive o atti già attuati con legge o con decreto legislativo si procede, se la modificazione non comporta ampliamento della materia regolata, apportando le corrispondenti modificazioni alla legge o al decreto legislativo di attuazione della direttiva o di altro atto modificato;

f) nella redazione dei decreti legislativi di cui all'*articolo 31* si tiene conto delle eventuali modificazioni delle direttive dell'Unione europea comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega;

g) quando si verificano sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili;

h) qualora non siano di ostacolo i diversi termini di recepimento, vengono attuate con un unico decreto legislativo le direttive che riguardano le stesse materie o che comunque comportano modifiche degli stessi atti normativi;

i) è assicurata la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea e non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani

² Si fa riferimento alle c.d. *best practises*, ossia le esperienze, le modalità di esecuzione, le procedure o la prassi messe in atto nel settore in altri contesti nazionali. Esse costituiscono un valido elemento comparativo volto a predisporre la disciplina migliore, più efficace ed efficiente. Si noti anche che il Considerando n. 78 della direttiva 24 incoraggia le amministrazioni aggiudicatrici ad avvalersi del «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici» (SEC(2008)2193) che aveva evidenziato le norme e le prassi nazionali che favoriscono un adeguato coinvolgimento delle piccole medie imprese negli appalti.

direttive, con le eventuali ed opportune disposizioni correttive ed integrazioni (cfr. art. 1 comma 4 del disegno di legge di delega).

Occorre subito evidenziare che la data del 18 aprile 2016 fissata dal disegno di legge di delega per recepire le direttive comunitarie è un termine, tassativo, posto che tutte e tre le direttive stabiliscono che gli Stati membri devono mettere in vigore entro la suddetta data tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alle direttive medesime³.

II) Applicabilità delle direttive in caso di scadenza del termine di recepimento e prima della scadenza del suddetto termine.

Quali sono le conseguenze in caso di mancato recepimento delle tre direttive entro il termine del 18 aprile 2016?

Molte delle disposizioni in esse contenute e cioè quelle cosiddette *self-executing*, troveranno immediata applicazione nel nostro ordinamento indipendentemente dal fatto che sia stato emanato o meno il relativo decreto legislativo.

Le direttive *self-executing*, o meglio le disposizioni contenute nelle direttive che possono essere qualificate come *self-executing*, devono avere le seguenti caratteristiche, secondo un orientamento costante della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale⁴:

- devono essere chiare e precise nella determinazione dei diritti in capo ai soggetti;
- devono essere suscettibili di applicazione immediata. In altri termini, la rivendicazione dei diritti da parte dei soggetti non deve essere vincolata ad obblighi e condizioni;
- il legislatore nazionale non deve avere margini di manovra al riguardo;
- deve essere scaduto il termine di recepimento della direttiva.

Non è questa la sede per esaminare approfonditamente quali sono le disposizioni contenute nelle tre direttive che possono avere queste caratteristiche, anche perché è probabile che il Governo rispetti il termine del 18 aprile 2016, di talché non ha senso dissertare su un problema che allo stato non sussiste.

Solo a titolo esemplificativo e per far comprendere meglio la tematica, con riguardo alla direttiva n. 23/2014 sono sicuramente *self-executing* tutte le disposizioni, concernenti le definizioni, quelle dirette ad individuare sia le

³ Cfr. art. 51 direttiva 2014/23/UE, art. 90 direttiva 2014/24/UE e art. 106 direttiva 2014/25/UE.

⁴ Vedi in tal senso, e non esaustivamente, Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963 C-26/62; Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1982, C-8/81; Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1993, C-193/91; Corte cost., sentenza 18 aprile 1991, n. 168.

caratteristiche delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, nonché degli operatori economici, sia la soglia ed il valore dei contratti, sia le fattispecie escluse dall'applicazione delle direttive, sia le garanzie procedurali, sia, seppure in parte, le modalità di selezione e valutazione qualitativa dei concorrenti ed i criteri di aggiudicazione, sia talune norme concernenti la fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni.

Non sono *self-executing*, invece, tutte le disposizioni che attribuiscono un potere di deroga o comunque di scelta agli Stati membri come quella precedute dal verbo “*possono*” e, soprattutto, quelle che richiedono la previa adozione di disposizioni legislative nazionali.

Ad esempio, l'art. 17 della direttiva relativa alle concessioni ammette che nella società *in house* possono essere presenti anche dei capitali privati a condizione che ciò sia consentito o comunque prescritto da specifiche norme nazionali.

Senza tali norme, quindi, non sarà possibile la partecipazione di privati nelle società *in house* e ciò anche nel caso in cui il recepimento sia attuato nei tempi previsti; in sintesi occorre una norma *ad hoc* in tal senso⁵.

Quello che si è delineato è il quadro normativo post 18 aprile 2016, mentre prima di tale data le direttive comunitarie non sono comunque applicabili.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5359 del 25 novembre 2015, ha infatti, chiarito la questione dell'efficacia delle direttive europee nell'ordinamento interno prima del loro recepimento e, in ogni caso, prima della scadenza del termine a quel fine assegnato agli Stati membri.

Il Collegio, al riguardo, ha precisato (Cons. St., sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253; sez. VI, 26 maggio 2015 n. 2660) **che prima della scadenza del termine per il recepimento, resta inconfigurabile qualsiasi efficacia diretta nell'ordinamento interno** e, in particolare, nei c.d. rapporti verticali delle direttive europee (che, quindi, non possono essere qualificate, in tale situazione, come *self-executing*), per quanto dettagliate e complete, e che, nondimeno, le stesse conservano un'efficacia giuridica, ancorché limitata, che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il conseguimento del risultato voluto dalla direttiva (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4793).

Quanto ai contenuti di tale ridotta efficacia, ha chiarito che, **in pendenza del termine per il recepimento**, il rispetto del principio di leale collaborazione sancito all'art. 4, par. 3, del Trattato UE impedisce, per un verso, al legislatore nazionale l'approvazione di qualsiasi disposizione che ostacoli il raggiungimento dell'obiettivo al quale risulta preordinata la direttiva (C. Giust., 18 dicembre 1997,

⁵ Va peraltro osservato che il disegno di legge delega approvato alla Camera non contiene alcuna previsione particolare con riferimento alla possibilità di partecipazione privata al capitale di una società *in house*. Nulla si dice, infatti, al co. 1 lett. eee). Diversamente, una apertura in tal senso è contenuta all'art. 18 lett a) della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

C-129/96, Inter-EnvironnementValloine) e **impone, per un altro verso, ai giudici nazionali di preferire l'opzione ermeneutica del diritto interno maggiormente conforme alle norme eurounitarie da recepire**, di guisa che non venga pregiudicato il conseguimento del risultato voluto dall'atto normativo europeo (CGARS, 15 gennaio 2015, n. 1; C. Giust, UE, 15 aprile 2008, C.268/08, Impact).

Infine, il Collegio chiarisce che la regola dell'interpretazione giuridica conforme risulta del tutto inconfigurabile nei riguardi di previsioni delle direttive finalizzate ad introdurre negli ordinamenti nazionali istituti del tutto innovativi, che, come tali, esigono la coerente declinazione dei loro elementi costitutivi e dei pertinenti presupposti di applicabilità.

Anche a fronte di una disciplina europea sufficientemente dettagliata ed esauriente, risulta, infatti, necessaria la previsione di disposizioni (nazionali) di coordinamento con la normativa vigente, e, soprattutto, l'adozione di un regime intertemporale, che chiarisca i tempi di operatività della nuova disciplina, rispetto (ad esempio) alle gare già bandite al momento del recepimento della direttiva.

III) Principio del divieto di *gold plating*

A prescindere poi da quale sarà il contenitore delle nuove disposizioni (e cioè due decreti o solo uno) ed in quali tempistiche avverrà la riforma, un principio, tra gli altri, è stato confermato e cioè il divieto di *gold plating*, che impone al legislatore delegato di non introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee⁶.

Secondo questo principio costituiscono livelli di regolazione sovrabbondanti rispetto a quelli minimi: l'introduzione o il mantenimento di requisiti standard, obblighi ed oneri non necessari per l'attuazione delle direttive, l'estensione dell'ambito soggettivo od oggettivo di applicazione delle regole, l'introduzione o il

⁶ Si confronti, al proposito, l. 28 novembre 2005, n. 246, art. 14 co. 24 bis, 24 ter e 24 quater:

24-bis. Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater.

24-ter. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;

b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;

c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.

24-quater. L'amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo.

mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive⁷.

Il divieto di *gold plating* riguarda sia il decreto di recepimento delle direttive, sia, in parte, il decreto di riordino del codice dei contratti ed incide necessariamente anche sulle norme già esistenti, nel senso che esse dovranno essere modificate e coordinate in modo da garantire l'attuazione del divieto in esame.

Si è detto che il divieto di *gold plating* riguarda solo in parte il decreto di riordino del codice dei contratti in quanto esso contiene la disciplina anche degli appalti e delle concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria e, come tali, sottratte all'applicazione delle alle direttive comunitarie.

Occorre però evidenziare che il disegno di legge delega prevede per tali tipologie di contratti la previsione di una disciplina ispirata a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, pur nel rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità della gara, di talché anche per tali fattispecie sarà necessario rispettare il principio che sta alla base del divieto di *gold plating* e cioè quello di non aggravare con inutili formalismi le procedure di gara.

Non bisogna, infatti, dimenticare che l'eccessivo approccio formalistico seguito dal legislatore nell'attuale codice dei contratti ha prodotto nel tempo un ingente contenzioso, con pesanti ricadute in termini di costi e di tempi nell'espletamento delle gare, a cui ha recentemente posto rimedio il Governo con lo strumento del soccorso istruttorio.

La spinta, dunque, deve essere in tal senso, tenendo conto che l'applicazione del divieto di *gold plating* non può esaurirsi solo sul piano legislativo ma deve portare allo sviluppo di stazioni appaltanti più organizzate ed in grado di attuare efficacemente tale principio.

Soprattutto bisognerà evitare il più possibile il ricorso all'art. 14, comma 24 quater, della L. n. 246/2015, richiamato al primo comma lett. a) dell'art. 1 del disegno di legge delega, il quale consente all'amministrazione di superare il livello minimo di regolazione comunitaria in presenza di circostanze eccezionali (non definite dalla legge).

IV) Le novità della legge di delega

Ritornando a quelle che sono le novità e le caratteristiche più salienti del disegno di legge delega in esame, esse possono essere così sintetizzate:

- prevalenza del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto al criterio del prezzo più basso, che sarà riservato solo a determinati appalti ed entro determinate soglie (cfr. lett. ff)⁸;

⁷ Si veda L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna 17-19 settembre 2015, p. 23 ss.

- valutazione delle offerte anomale sulla base di parametri non predeterminati (cfr. lett. ff)⁹;
- divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, fatta eccezione per particolari esigenze (cfr. lett. l)¹⁰;
- notevole rafforzamento del ruolo e delle competenze dell'ANAC, che spaziano da una funzione più propriamente anticorruptiva (cfr. lett. q n. 2 e n. 6), ad una funzione regolatoria e/o di *soft law* da attuarsi attraverso l'adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante ed impugnabili innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa (cfr. lett. t), fino a molteplici funzioni accertative, di controllo e vigilanza in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti (cfr. lett. bb), delle commissioni giudicatrici (cfr. lett. hh), degli operatori economici (cfr. lett. uu) degli enti aggiudicatori degli affidamenti *in house* (cfr. lett. eee) di validità delle attestazioni SOA (cfr. lett. vv)¹¹;
- limitazione del ricorso all'appalto integrato mediante la previsione che, di norma, deve essere messo a gara il progetto esecutivo (cfr. lett. oo);
- valorizzazione della fase progettuale mediante la promozione delle qualità architettonica e tecnico funzionale e limitando il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed

⁸ Fino ad ora la disciplina nazionale prevedeva la possibilità di ricorrere all'uno o all'altro criterio in modo indifferente. Le direttive 24 e 25 del 2014 in materia di appalti (rispettivamente artt. 67 e 82) prevedono, invece, come regola generale l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa lasciando la facoltà agli Stati membri di prevedere il divieto o un utilizzo limitato (a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalti) del criterio del solo costo o prezzo più basso. La direttiva 23 in materia di concessioni prevede, invece, in maniera meno specifica (art. 41), che l'aggiudicazione avvenga mediante criteri oggettivi e tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione.

⁹ La disciplina attuale prevede, come noto, all'art. 86 del d.lgs. 163/2006, che nel caso di contratti aggiudicati secondo il criterio del prezzo più basso le stazioni appaltanti valutino la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; nel caso di contratti aggiudicati secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità è valutata nel caso in cui sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

¹⁰ Cfr. quanto disposto dall'art. 9 d.l. 133/2014.

¹¹ Tali disposizioni fanno sorgere legittime perplessità in merito alla possibilità che l'ANAC possa garantire l'adempimento di tale ingente quantità di funzioni, tenendo conto delle competenze già attribuite in precedenza alla stessa Autorità. È utile in tal senso la consultazione della Tabella riassuntiva delle funzioni attribuite all'ANAC allegata come Appendice al Piano di riordino ai sensi dell'art. 19, co. 3 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114 (il materiale può essere consultato sul sito istituzionale dell'ANAC).

- architettura, con esclusione dell'incentivo per i progettisti della pubblica amministrazione (cfr. lett. oo e lett. rr)¹²;
- l'adozione degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive, quali ad esempio la negoziazione con gli operatori economici (cfr. lett. f);
 - puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) della disciplina ad essi applicabile, al fine di garantire la trasparenza del settore e soprattutto la piena apertura e contendibilità dei mercati¹³;
 - un maggior accesso alle gare da parte delle micro, piccole e medie imprese, e dei giovani professionisti, ottenibile attraverso la definizione di requisiti di partecipazione proporzionati all'oggetto dell'appalto, la rotazione delle imprese invitate, il ricorso ad affidamenti di tipo telematico, il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti, l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti nonché l'introduzione di misure premialità per gli appaltatori e concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti (cfr. lett. r, lett. cc, lett. ccc);
 - riduzione degli oneri documentali ed economici a carico degli soggetti partecipanti, mediante il ricorso al soccorso istruttorio non oneroso, fatta eccezione per gli elementi facenti parte dell'offerta, e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti attraverso l'unica banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e la possibilità di utilizzazione del DGUE, documento di gara unico europeo (cfr. lett. z e lett. aa)¹⁴;
 - progressiva aggregazione e centralizzazione delle committenze e riduzione del numero delle stazioni appaltanti (cfr. lett. cc e lett. dd)¹⁵;
 - limitazione del ricorso alle varianti progettuali in corso d'opera con la previsione di un regime sanzionatorio in caso di mancata tardiva comunicazione all'ANAC delle varianti medesime per appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (cfr. lett. ee)¹⁶;

¹² È evidente il *favor* per l'esternalizzazione della progettazione. Al proposito si deve rilevare che non si condivide la "demonizzazione" dell'appalto integrato dal momento che in fondo garantiva una maggiore celerità vista la concentrazione delle gare.

¹³ In precedenza non era di facile comprensione quali norme fossero applicabili, avuto riguardo, da un lato, a quanto disposto dall'art. 206 del d.lgs. 163/2006, e dall'altro, alla giurisprudenza che ha contribuito ad estendere l'applicazione della disciplina generale anche ai settori speciali.

¹⁴ Rimane incerta la differenza di natura e di ruolo tra la Banca dati individuata alla lett. z), gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, e quella, risultante dalla unificazione delle banche dati già esistenti, da effettuare presso l'ANAC ai sensi della lett. q) n. 2 (sebbene tale ultima disposizione preveda espressamente l'esclusione della banca dati centralizzata presso il Ministero).

¹⁵ Le centrali di committenza trovano la loro disciplina innanzitutto nell'art. 3 co. 34 e nell'art. 33 (come da ultimo modificato e sostituito) del d.lgs. 163/2006 nonché nell'art. 23 ter del d.l. 90/2014.

¹⁶ I criteri direttivi indicati in materia di varianti non sembrano innovare in modo significativo la precedente disciplina, ad esclusione della previsione di un regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la

- razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con specifico riguardo alla finanza di progetto ed alla locazione di finanziaria di opere pubbliche, con contestuale riduzione dei tempi delle procedure di aggiudicazione (cfr. lett. tt);
- prevalenza delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale nella concessione dalle misure cautelari richieste in sede giurisdizionale e revisione del rito abbreviato per i giudizi in materia di appalti mediante l'introduzione di un rito speciale che consenta l'immediata definizione anche in corso di gara dei giudizi concernenti l'ammissione o l'esclusione per mancanza dei requisiti di partecipazione (cfr. lett. aaa) e lett. bbb)¹⁷;
- una dettagliata disciplina dell'istituto del subappalto, volta da un lato a recepire l'indirizzo giurisdizionale che ha prescritto l'indicazione del nominativo dei subappaltatori già in sede di gara e dall'altro ad ampliare i casi di pagamento diretto da parte delle stazioni appaltanti delle prestazioni eseguite dai subappaltatori (cfr. lett. rrr).

V) Alcune riflessioni

Si è cercato di enucleare nel paragrafo che precede tutti i principali elementi di novità introdotti dal disegno di legge delega in esame.

Vi è da dire che uno dei principali obiettivi enunciati è quello di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative vigenti (cfr. lett d).

Attualmente il codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006 consta di 257 articoli e 22 allegati, mentre il relativo Regolamento di cui al DPR n. 207/2010 consta di 359 articoli e 14 allegati.

mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

¹⁷ In proposito si deve osservare che il legislatore con l'art. 39 del d.l. 90/2014 ha previsto che “*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”. Secondo l'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito alla applicazione di tale articolo, non sarebbe mai possibile in presenza di qualsiasi tipo di illegittimità per un operatore impugnare l'ammissione di altri concorrenti la cui esclusione avrebbe determinato l'aggiudicazione dell'appalto. Tale orientamento appare pertanto debole alla luce della previsione del disegno di legge delega, in relazione alla disposta previsione di immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione della gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di ammissione.

Inoltre, il riferimento compiuto nel testo della lett. aaa) all'art. 121, co. 1 andrebbe forse più correttamente indirizzato al co. 2 del medesimo articolo, dal momento che in esso si fa riferimento propriamente al rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Si veda in proposito anche quanto disposto dall'art. 9 co. 2 sexies d.l. 133/2014.

Le tre direttive che dovranno essere recepite – già adesso il codice dei contratti ingloba le due direttive precedenti n. 17 e n. 18 risalenti al 2004 – constano di 259 articoli complessivi, contando oltretutto che una delle tre direttive è del tutto nuova (e cioè quella relativa alle concessioni) e, quindi, non è mai stata oggetto di disciplina.

In tale situazione si dubita che la riduzione prevista nel disegno di legge di delega possa essere concretamente attuata, tenendo conto che i criteri direttivi in esso contenuti, che ricomprendono anche dei sub criteri, ammontano a circa 78 ed ognuno di loro necessiterà di più articoli.

E ciò senza contare il recepimento delle tre direttive comunitarie e le linee guida che saranno proposte da ANAC ed approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti¹⁸.

D'altra parte non è certo la ridotta quantità degli articoli che determina la bontà di una disciplina normativa, quanto la sua efficacia e soprattutto la capacità di conseguire la certezza del diritto e la semplificazione dei procedimenti, che sono alla base di qualsiasi riforma diretta a garantire, da un lato, una concreta lotta alla corruzione e, dall'altro la piena apertura e la contendibilità dei mercati, anche al fine di attirare nel settore delle opere e dei servizi pubblici gli investimenti di operatori nazionali e stranieri.

Occorre, infine, segnalare che il comma 2 del disegno di legge di delega ha previsto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri coordini, di concerto con il Ministero delle Infrastrutture e sentita l'ANAC, lo svolgimento della consultazione delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa.

Non si sa come si procederà a tale consultazione, ma è chiaro che bisognerà agire celermente, una volta che il disegno di legge delega sarà nuovamente approvato dal Senato, posto che il termine del 18 aprile 2016 è ormai imminente.

Forse sarebbe opportuno che entro il 18 aprile 2016 il Governo adotti un decreto che si limiti a riprodurre il testo delle tre direttive, ovviamente individuando la disciplina comune per gli appalti nei settori ordinari e speciali e per le concessioni e le relative differenziazioni e dedicandosi soprattutto alla disciplina transitoria mediante

¹⁸ L'art. 1 co. 5 del disegno di legge stabilisce che le linee guida predisposte da ANAC dovranno essere approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Per questa previsione si profilano due problematiche. La prima riguarda il ruolo di Autorità indipendente di ANAC su cui già nel passato erano stati sollevati dubbi ed incertezze. Non vi è dubbio che l'intervento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rafforzi tali dubbi ed incertezze, tenendo conto che in diversi passaggi del disegno di legge delega è altresì previsto che il Ministero in questione emani indirizzi generali, d'intesa con ANAC; di talché pare evidente che ANAC assuma la natura di organo consultivo del Ministero stesso.

La seconda questione concerne il ruolo e le competenze di ANAC in ordine all'emanazione degli strumenti di "regolamentazione flessibile" individuata dalla lettera t). Anche tali strumenti sono soggetti ad approvazione ministeriale o solo le Linee guida? Inoltre, di cosa si devono occupare le Linee Guida? È ammissibile che ANAC possa, con propria determinazione, introdurre delle misure di premialità in sede di revisione del sistema di qualificazione tali da incidere sui requisiti di partecipazione, come previsto dalla lett. mm)? Questi sono solo alcuni degli interrogativi che emergono da una prima lettura del disegno di legge in esame.

l'indicazione delle norme che troveranno applicazione solo ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto.

IV) L'applicabilità delle direttive comunitarie ai servizi di interesse economico generale

VI.1) Premessa

Occorre ora esaminare l'impatto della nuova normativa sui servizi di interesse economico generale.

Come è noto, tali servizi risultano destinatari di un'altra legge di delega, già da tempo approvata, e cioè la l. n. 124/2015, che agli artt. 18 e 19 detta i criteri per l'emanazione di due distinti decreti legislativi riguardanti, rispettivamente, le società a partecipazione pubblica ed i servizi pubblici locali di interesse economico generale.

In particolare assumono rilievo ai nostri fini le lettere c) ed e) del primo comma dell'art. 19.

La lettera c) statuisce che la disciplina generale in materia di regolazione ed organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale dovrà osservare i principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità nonché le direttive comunitarie.

La lett. e) a sua volta stabilisce che allorquando non vi siano i presupposti della concorrenza nel mercato (e cioè i servizi in questione non siano liberalizzati), le modalità di gestione dei servizi medesimi debbano osservare i principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di autoproduzione nonché i principi generali relativi ai contratti pubblici ed in particolare i principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Sono, dunque, in entrambi i casi espressamente richiamati i principi comunitari e le direttive comunitarie, di talché è evidente che i servizi in questione saranno comunque soggetti all'applicabilità del decreto legislativo o dei decreti legislativi che saranno emanati in attuazione della legge di delega in attesa della definitiva approvazione da parte del Senato.

Partiamo in primo luogo dall'esame della direttiva n. 23/2014 che disciplina la concessione dei lavori e dei servizi nei settori ordinari e nei settori speciali.

L'art. 4 di tale direttiva dispone che essa fa salva la libertà per gli Stati membri di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

Il legislatore delegante ha optato per il rispetto delle direttive comunitarie e dei principi comunitari e, quindi, è ad essi che bisogna fare riferimento.

Un'altra norma importante è l'art. 2, 1° comma, della direttiva n. 23/2014 la quale statuisce che le autorità pubbliche possono decidere di espletare i loro compiti di interesse pubblico o avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli ad operatori economici esterni.

Sulla scorta di tali norme e principi, il quadro che ne scaturisce è il seguente.

In primo luogo occorre individuare le forme di gestione ammissibili in base all'ordinamento europeo.

Le forme di gestione sono sostanzialmente tre e cioè:

- 1) autoproduzione mediante il ricorso alle società *in house providing* oppure mediante la cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici;
- 2) gara con operatori economici esterni;
- 3) società miste mediante una gara a doppio oggetto per la ricerca del socio privato e per l'affidamento ad essa della concessione del servizio.

VI.2) Autoproduzione

Per quanto riguarda la forma di gestione indicata sub 1) e cioè, in sostanza, *l'in house providing*, occorre evidenziare che tutte e tre le direttive hanno disciplinato per la prima volta tale istituto che era in precedenza frutto di un'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

La direttiva n. 23/2014 la disciplina all'art. 17 (rubricato come "*concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico*") la direttiva n. 24/2014 all'art. 12 (rubricato come "*appalti tra enti nel settore pubblico*") e la direttiva n. 25/2014 all'art. 28 (rubricato come "*appalti tra amministrazioni aggiudicatrici*").

Conseguentemente è a tali norme che devono fare riferimento sia i decreti delegati in materia di società a partecipazione pubblica e di servizi di interesse economico generale, sia il decreto e/o i decreti concernenti il recepimento delle direttive.

In sintesi tali disposizioni richiedono le seguenti condizioni affinché risulti legittimo il ricorso all'*in house providing*:

- l'esistenza di un controllo analogo tra l'amministrazione aggiudicatrice o plurime amministrazioni aggiudicatrici e la persona giuridica di diritto pubblico o privato affidataria dell'appalto e/o concessione;
- lo svolgimento da parte di tale persona giuridica di oltre l'80% delle attività nei riguardi dell'amministrazione aggiudicatrice e delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o di altre persone giuridiche controllate dalle predette amministrazioni aggiudicatrici;
- l'assenza di partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione tali da non comportare controllo o poteri di veto od un'influenza determinante, purché prescritte da disposizioni legislative nazionali.

Le stesse disposizioni forniscono, altresì, una definizione di controllo analogo che sussiste qualora l'amministrazione aggiudicatrice o le plurime amministrazioni aggiudicatrici esercitino sulla persona giuridica controllate un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

In caso di controllo analogo congiunto, gli organi decisionali devono essere composti dai rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti e singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici e queste ultime devono essere in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata (non è richiesto il consenso unanime).

Nel novero della cosiddetta autoproduzione non vi è solo l'*in house providing*, ma anche la cooperazione tra diverse amministrazioni aggiudicatrici, che si realizza quando sussistono le seguenti condizioni:

- il contratto deve stabilire una cooperazione finalizzata a fare in modo che i servizi pubblici siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che hanno in comune;
- la cooperazione deve essere retta esclusivamente da considerazioni relative all'interesse pubblico;
- le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Occorre subito evidenziare che il ricorso all'*in house providing* o alla cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non possono più essere qualificate come ipotesi residuali od eccezionali rispetto all'affidamento dei servizi pubblici mediante gara.

Lo ha precisato con chiarezza la direttiva n. 23/2014 allorché ha previsto all'art. 2, 1° comma che le autorità pubbliche possono decidere di espletare i loro compiti di interesse pubblico ricorrendo indifferentemente o alle proprie risorse (tramite appunto l'*in house* o la cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici) o conferendole ad operatori economici esterni.

VI.3) L'affidamento esterno

Dopo aver analizzato le modalità di gestione diretta dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, occorre individuare quali sono, invece, le regole da osservare in caso di esternalizzazione dei servizi predetti.

L'esternalizzazione, ovviamente, presuppone l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica e, a seconda della natura del corrispettivo da versare al privato contraente, si procederà all'affidamento del servizio o mediante concessione o mediante appalto.

Prima di esaminare queste due diverse tipologie contrattuali (che sono governate da regole e norme distinte anche se si tratta in entrambi i casi di procedure ad evidenza pubblica), occorre verificare se esista, allo stato, nel nostro ordinamento, una disciplina

comune, perlomeno nella fase in cui gli enti locali decidano di optare per l'esternalizzazione dei servizi in esame. La risposta è positiva e si tratta della disciplina contenuta nell'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, convertito nella l. 17 dicembre 2012 n. 221 ed ulteriormente integrata da quanto previsto nel comma 609 della legge di stabilità 2015¹⁹. Con tali disposizioni si è, dunque, istituzionalizzato l'obbligo di motivare e fornire adeguata pubblicità all'affidamento diretto o all'affidamento tramite gara dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La questione fondamentale da affrontare è se tali norme abbiano comportato un'equiordinazione tra gestione diretta e gestione tramite gara, nel senso che l'ente locale possa ricorrere all'una o all'altra modalità di affidamento. Qui interessa sottolineare che per tutte le forme di gestione ammissibili, l'art. 34, comma 20 del d.l. 179/2012 richiede una motivazione. Lo stesso art. 2 della nuova direttiva concessioni n. 23/2014 – come già evidenziato nel paragrafo che precede – stabilisce espressamente che le Autorità nazionali, regionali e locali possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli ad operatori economici esterni²⁰.

Dovrà, parimenti, essere motivata la scelta di ricorrere all'una o all'altra delle due diverse tipologie di procedure di gara e cioè se l'Amministrazione decida di procedere con una concessione di servizi ovvero con un appalto di servizi.

¹⁹ L'art. 34, comma 20 recita testualmente: «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

Il comma 609 della legge di stabilità 2015 prevede altresì che «nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966».

²⁰ Sulla non necessità di motivazione in caso di gara, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1. Più recentemente, TAR Veneto, Sez. I, sentenza 25 agosto 2015 n. 949 ha rilevato che anche il ricorso alla gara deve essere motivato. Il Comune di Asiago aveva infatti omesso di svolgere le necessarie considerazioni di natura tecnico-economica per le quali l'affidamento a mezzo di procedura selettiva sarebbe stato preferibile a quello *in house* in presenza di una società a capitale totalmente pubblico particolarmente virtuosa dal punto di vista economico.

La scelta si riflette, infatti, sull'economicità della gestione e cioè su uno dei parametri che deve essere rappresentato nella motivazione dell'atto e, quindi, nella relazione sottesa allo stesso, posto che il corrispettivo del servizio, in caso di concessione, viene ripagato con la gestione del servizio medesimo, mentre nel caso di appalto di servizio il corrispettivo viene versato direttamente dall'Amministrazione.

Come si è già rilevato poc'anzi, l'appalto e la concessione non sono due modalità di gestione del servizio bensì due modalità di scelta del contraente, entrambe da esperirsi mediante procedura ad evidenza pubblica.

La prima modalità è l'*appalto pubblico di servizio* che ricorre quando un'Amministrazione pubblica affida ad un soggetto terzo l'espletamento di un servizio mediante gara, obbligandosi al pagamento di un corrispettivo.

La seconda modalità è la *concessione*, anch'essa da esperirsi con gara, che si rinviene quando il corrispettivo per l'affidamento di un servizio (o pubblico o strumentale è indifferente) derivi dalla gestione del servizio medesimo. In questa ipotesi, dunque, l'Amministrazione può non obbligarsi al pagamento di un corrispettivo, o pagare solo parte di tale corrispettivo e il gestore, conseguentemente, trae il proprio profitto in tutto o in parte dall'utenza mediante il pagamento da parte di quest'ultima di una tariffa ed accollandosi il rischio di impresa. Nella logica comunitaria la concessione è differente dall'omonimo istituto esistente nel nostro ordinamento, il quale presuppone necessariamente l'assegnazione al concessionario del diritto ad esercitare poteri tipicamente autoritativi e pubblicistici nei confronti dell'utenza.

Al contrario, nell'ordinamento comunitario si ha concessione per il solo fatto che il soggetto ricava dalla gestione del servizio tutta o parte della remunerazione, non rilevando la natura giuridica della propria attività. Però anche nell'ordinamento comunitario, così come nell'ordinamento nazionale, sia nel caso dell'appalto pubblico di servizi, sia della concessione di servizi, la normativa europea richiede sempre l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica.

L'art. 5 della direttiva 2014/23/UE statuisce che la concessione di servizi è «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione dei servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*».

In ambito nazionale la dottrina tradizionale e la giurisprudenza avevano, invece, individuato altri criteri distintivi fra cui rilevano:

a) la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto;

b) il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico;

c) il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, mentre l'appaltatore esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, uniformandosi ai principi del diritto comunitario, ha affermato che le concessioni di servizi non si distinguono dagli appalti di servizi per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto (e cioè per i criteri sopraindividuati), ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato²¹.

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha concessione: è quindi la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi.

Quando l'onere della prestazione del servizio sia, invece, interamente a carico dell'Amministrazione, senza alcuna alea per il privato – e ciò anche nell'ipotesi in cui il privato sia pagato attraverso un canone o una tariffa – allora il rapporto dovrà configurarsi come un mero appalto.

Vediamo ora quali sono le norme che disciplinano le procedure di gara, rispettivamente, per gli appalti di servizi e per le concessioni di servizi.

Gli appalti di servizi sono disciplinati dal Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006) mentre le concessioni di servizi da altre disposizioni contenute sia nel Codice dei Contratti (cfr. art. 30), sia nei principi comunitari, sia nelle norme di settore afferenti le singole tipologie di servizi, sia nella nuova direttiva L. 23/2014 oggetto di futuro recepimento entro il 18 aprile 2016.

Intanto, va evidenziato che generalmente sono i servizi strumentali quelli che si affidano mediante l'istituto dell'appalto, mentre per i servizi pubblici locali si ricorre più comunemente alle concessioni.

Occorre però sottolineare che non esiste alcuna norma né principio che imponga per i servizi in questione di utilizzare un determinato modello di scelta del contraente. È il tipo di remunerazione e la traslazione o meno dell'alea sul privato che determina l'opzione per uno dei due modelli di scelta del contraente. Nel caso si ricorra ad un appalto di servizi si dovrà pertanto seguire la disciplina contenuta nel Codice dei contratti, a seconda che si tratti di appalti aventi ad oggetto materie ricomprese nei settori ordinari o speciali, sopra o sotto la soglia comunitaria.

De jure condendo gli appalti di servizi, a seconda che rientreranno o meno nei settori ordinari e speciali, saranno soggetti alle due nuove direttive n. 24 del 25/2014.

Per quanto riguarda le concessioni, l'unica, scarsa, norma che regola, in via generale, nel nostro ordinamento, l'affidamento di tale tipologia di contratti è invece l'art. 30 del Codice degli appalti il quale, al primo comma, prevede che «salvo quanto disposto dal presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 9 settembre 2011, n. 5068.

servizi». Per le concessioni di servizi, dunque, non trovano applicazione le norme del Codice, di talché dette concessioni, salve le regole richiamate nell'art. 30 citato, sono soggette ai principi comunitari.

Mutuando regole analoghe stabilite per le concessioni di lavori pubblici, il codice prevede che *«nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente il servizio»*.

Tuttavia, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa (ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione alla qualità del servizio da prestare), il soggetto concedente deve stabilire in sede di gara anche un prezzo (comma 2).

A tale regola è connessa l'altra previsione desunta dall'art. 143, comma 7 – in quanto compatibile – per cui l'offerta ed il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

In realtà, il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione appare tratto connotante ontologicamente la fattispecie della concessione anche di servizi, pertanto si ritiene che in via analogica varranno anche per essa i principi di cui al comma 8 del citato art. 143. In base a tale disposizione, i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Dunque, le variazioni apportate a detti presupposti e condizioni, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano una sua necessaria revisione, da attuare mediante una rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni.

In ordine alle modalità di scelta del concessionario, la norma configura, come meglio si vedrà, una trattativa privata con gara informale, con invito a partecipare alla stessa ad almeno cinque imprese operanti nel settore, nel rispetto dei principi desumibili dal TUE. Naturalmente, la trattativa privata con gara informale è un *minimum* inderogabile, mentre è sempre possibile per l'Amministrazione concedente procedere con una vera e propria gara ad evidenza pubblica.

Il quarto comma dell'art. 30 in esame stabilisce, poi, che *«sono fatte salve le discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza»* nelle procedure di affidamento delle concessioni di servizi. Si tratta ad ogni evidenza delle discipline di settore. Pertanto, la procedura di gara informale delineata dall'art. 30, a ben

vedere, appare avere natura residuale rispetto alle discipline già vigenti (generalmente e di settore) inerenti i servizi pubblici locali.

Il quinto comma stabilisce, inoltre, che «restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario, le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici». È evidente il riferimento alle società *in house*, che rappresentano la forma di gestione diretta dei servizi pubblici locali e di quelli strumentali.

Come si è già evidenziato, nell'art. 30 si fa riferimento ad una procedura di gara (o meglio ad una trattativa privata) che deve peraltro essere informata ai principi del TUE.

Ovviamente ora si attende il recepimento della direttiva comunitaria sulle concessioni di lavori e di servizi²², ma già nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea 12 aprile 2000 l'affidamento veniva assoggettato al rispetto dei principi di concorsualità e *par condicio*.

Ne è derivata la soggezione delle concessioni *de quibus* alle norme ed ai principi del Trattato, il quale dispone previsioni al fine dell'instaurazione e del funzionamento del Mercato unico, superando la concezione – precedentemente diffusa nell'ordinamento interno – secondo cui l'affidamento della concessione, costituendo delega di un servizio pubblico di pertinenza dell'Amministrazione, presupponeva un rapporto fiduciario.

In relazione all'operatività del Trattato, vengono in rilievo le norme che vietano la discriminazione fondata sulla nazionalità, quelle relative alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

Vengono altresì in rilievo taluni principi elaborati dalla Corte di giustizia, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.

La ragione di ciò si rinviene soprattutto nel fatto che, come già evidenziato, la procedura di gara delineata dall'art. 30 è troppo scarsa, di talché occorre fornire all'Amministrazione dei criteri e parametri per poter “costruire” una gara ad hoc; senza per questo dover restringere eccessivamente la concorrenza.

Un'ultima annotazione riguarda le gare aventi ad oggetto una pluralità di servizi pubblici locali. Questa facoltà era prevista nell'art. 113, 8° comma del d.lgs. 267/2000 (con esclusione del trasporto collettivo) e poi nell'art. 23 *bis*, comma 6 del d.l. 112/2008. Entrambe le norme, come è noto, sono state abrogate. Ciò peraltro non determina l'impossibilità di mettere a gara una pluralità di servizi, purché ovviamente il bando di gara moduli i requisiti richiesti per tutti i servizi oggetto della gara medesima (come nell'ipotesi del cosiddetto contratto misto).

Arriviamo poi alla direttiva in materia di concessioni n. 23 del 26 febbraio 2014 che costituisce una novità assoluta e colma una grave carenza legislativa che ha

²² Si tratta della direttiva concessioni 2014/23/CE pubblicata sulla GUUE del 28 marzo 2014 e che dovrà essere recepita entro il 18 aprile 2016.

determinato nel corso del tempo sia distorsioni nel mercato interno, limitando l'accesso delle imprese europee, in particolare piccole e medie imprese, alle opportunità economiche offerte dai contratti di concessione; sia notevoli inefficienze nell'allocazione dei fondi pubblici.

È evidente, infatti, che solo un idoneo quadro giuridico in materia di affidamento dei contratti di concessione è in grado di stimolare gli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici con il migliore rapporto qualità/prezzo.

Ma vediamo quali sono i caratteri salienti di tale direttiva.

In primo luogo è rilevante l'ambito di applicazione della direttiva, posto che essa riguarda sia le concessioni di lavori che di servizi, indipendentemente dal fatto che siano destinate ad un fine pubblico.

In secondo luogo si precisa che la direttiva non potrà trovare applicazione in diverse fattispecie, tra cui:

- sia nel caso, già esaminato, del ricorso all'*in house providing* disciplinato dall'art. 17;

- sia nel caso di servizi di interesse generale privi di rilevanza economica²³;

- sia nel caso di servizi di trasporto basati sul rilascio di una licenza di esercizio ai sensi del regolamento CEE n. 1008/2008;

- sia nel caso di servizi pubblici di trasporto passeggeri ai sensi, del regolamento CEE n. 1370/2007²⁴;

- sia nel caso di procedure disciplinate da accordi internazionali²⁵;

- sia nel caso di concessioni di servizi aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di beni²⁶;

- sia nel caso di servizi offerenti le comunicazioni elettriche²⁷.

L'ipotesi di esclusione "più eccellente", riguarda il settore idrico, di talché ogni lavoro o servizio afferente la produzione, il trasporto e la distribuzione dell'acqua potabile, ivi comprese le opere idrauliche e quelle riguardanti il servizio di depurazione, non sarà soggetto alla disciplina prevista nella direttiva²⁸.

Ciò ovviamente non implica che non si potranno esperire procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni nel settore in esame, posto che la disciplina rimarrà (purtroppo) quella scarna contenuta nell'art. 30 del Codice dei contratti, integrata dai principi comunitari e dall'estensione, in via analogica, dei principi riconducibili alle altre norme del d.lgs. 163/2006, oltre che ovviamente a quanto previsto dalle norme di settore²⁹.

²³ Cfr. art. 4, comma 2, della Direttiva concessioni.

²⁴ Cfr. art. 10, comma 3 della Direttiva concessioni.

²⁵ Cfr. art. 10, comma 4, della Direttiva concessioni.

²⁶ Cfr. art. 10, comma 8, della Direttiva concessioni.

²⁷ Cfr. art. 11 della Direttiva concessioni.

²⁸ Cfr. art. 12 della Direttiva concessioni.

²⁹ Nel settore idrico l'art. 149 bis del d.lgs. 152/2006 si limita a richiamare le forme di gestione previste dall'ordinamento europeo e, quanto all'affidamento del servizio, la normativa nazionale in materia di

È un'esclusione incomprensibile, perlomeno sul piano giuridico, soprattutto in considerazione dei principi di cosiddetta *free administration* contenuti nell'art. 2 della direttiva.

In tali disposizioni si afferma che la direttiva riconosce i principi di *free administration* delle amministrazioni statali, regionali e locali degli Stati membri in ordine alle decisioni da assumere su come eseguire i lavori e provvedere ai servizi, sulle modalità di scelta del contraente, sulla possibilità di procedere ad una gestione diretta ovvero mediante gara ad un soggetto privato, senza alcun vincolo sulla eventuale privatizzazione delle imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi.

Non solo. La stessa direttiva ha, altresì, precisato che saranno gli Stati membri a definire, ovviamente in conformità con i principi comunitari, che cosa si deve intendere per servizi di interesse economico generale, come debbano essere organizzati e finanziati ed a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.³⁰

Ciò evidenzia una volta di più che anche il servizio idrico integrato – con le precisazioni di cui sopra – poteva essere incluso tra i servizi oggetto della direttiva, posto che la “peculiarità” della disciplina che lo caratterizza non sarebbe stata certo né scalfita né compromessa dalla direttiva medesima.

Sarebbe stato solo più semplice individuare ed applicare le regole per le procedure ad evidenza pubblica, regole che comunque già esistono nell'ambito dei settori speciali – in cui è ricompreso il servizio idrico – in ordine all'affidamento degli appalti di servizi.

In ogni caso il principio di *free administration* implica che lo Stato italiano possa ovviamente recepire anche nel settore idrico le regole contenute nella direttiva.

Ritornando alla disciplina generale contenuta nella direttiva, si possono evidenziare le seguenti caratteristiche fondamentali in ordine alle procedure di gara:

a) si tratta di concessione e non di appalto solo se al concessionario viene trasferito il rischio operativo di natura economica, rischio che deve essere inteso come la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti³¹;

b) la durata della concessione è limitata al periodo di tempo ritenuto necessario affinché il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per realizzare i lavori o servizi, insieme con un ragionevole ritorno sul capitale investito³²;

c) è prevista una disciplina per la modifica e la rinegoziazione delle concessioni in caso di sussistenza di particolari circostanze³³;

servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, ossia l'art. 34, comma 20 del d.l. 179/2012, come integrato dal comma 609 della legge di stabilità 2015 e l'art. 30 del d.lgs. 163/2006 per quanto riguarda le gare. Il problema non è dunque risolto, fatto salvo quanto sarà previsto in sede di recepimento delle direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014.

³⁰ Cfr. art. 2 della Direttiva concessioni.

³¹ Cfr. i considerando n. 18, 19 e 20 della Direttiva concessioni e l'art. 5 della direttiva medesima. Essi precisano che il rischio operativo deve essere inteso come rischio di esposizione alla fluttuazione del mercato, che può derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi.

³² Cfr. art. 18 della Direttiva concessioni.

d) in tutti i casi in cui la direttiva trova applicazione, le procedure di gara sono pressoché identiche, sia che si tratti di concessioni di lavori che di servizi.

Proprio in ordine alle procedure di gara, va evidenziato che la direttiva concessioni conferma la volontà di non assoggettare tale modalità di affidamento alle regole tradizionali previste per gli appalti, bensì a procedure più flessibili e tendenzialmente negoziate, pur nel rispetto dei principi della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza enunciati dall'art. 3 della direttiva.

Per quanto riguarda il disegno di legge delega, vanno segnalate due disposizioni in particolare.

La prima contenuta nell'art. 1, lett. eee), la quale prevede l'istituzione presso l'Anac di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* o di enti che esercitano funzioni di controllo o collegamento rispetto ad altri enti. Solo l'iscrizione in tale elenco legittimerà l'ente aggiudicatore a conferire all'ente con affidamento *in house*, appalti o concessioni mediante affidamento diretto.

La seconda è contenuta nell'art. 1 lett. hhh), recante la previsione di una disciplina organica dei contratti di concessione, con l'introduzione di criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario ed al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche nonché a disciplinare le procedure di fine concessione e le modalità di indennizzo in caso di subentro. Si tratta di una disposizione molto importante in quanto focalizza sul piano economico finanziario l'assetto della concessione, come d'altronde già previsto dal comma 609 della legge di stabilità del 2015.

Tale ultima previsione stabilisce, infatti, che l'affidamento di un servizio pubblico di interesse economico generale (sia che si tratti di affidamento *in house*, o ad una società mista oppure mediante il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica) debba essere corredato da una relazione che comprenda anche il piano economico finanziario che evidenzia, per tutta la durata del periodo di affidamento, i costi, i ricavi, gli investimenti ed i relativi finanziamenti.

D'altra parte il piano economico finanziario è anche l'unico documento dove si possa apprezzare l'effettiva traslazione del rischio richiesta dalla direttiva, affinché il rapporto si possa configurare come concessione e non appalto.

³³ I considerando n. 76, 77, 78 e 79 della direttiva concessioni nonché l'art. 43 della direttiva medesima stabiliscono i casi in cui una concessione può essere modificata se dover procedere ad un nuovo affidamento. Questi casi ricorrono: a) se le modifiche erano già previste nei documenti di gara iniziali; b) per lavori o servizi complementari che si sono resi necessari in corso di rapporto; c) se la necessità di modifica è dovuta a circostanze impreviste ed imprevedibili; d) se la modifica non altera la natura generale della concessione e non comporta un aumento di valore superiore al 50%; e) se le modifiche non sono sostanziali secondo quanto previsto dal 4° comma dell'art. 43; f) se un nuovo concessionario sostituisce quello originario anche per effetto di ristrutturazioni societarie varie, purché permangano i criteri di selezione stabiliti inizialmente. Quest'ultima disposizione è già stata recepita nel nostro ordinamento dal comma 609 della legge di stabilità 2015 e comunque era già stata introdotta nel Codice dei contratti dall'art. 116..

Nella stessa previsione è anche prevista l'adozione di criteri per le concessioni escluse dall'ambito di applicazione della direttiva, ivi comprese le concessioni nel settore idrico per le quali si richiama il rispetto dell'esito del referendum abrogativo del giugno 2011.

VI.4) La società mista

Accanto alla possibilità di affidare l'erogazione di un servizio a società a capitale interamente privato selezionate mediante gara e a società pubbliche, purché sussistano i requisiti della gestione *in house*, vi è poi una terza via, ossia la possibilità di affidare il servizio ad una società mista pubblico-privata.

Un primo ed innovativo riferimento alle società miste quali soggetti potenzialmente affidatari di servizi pubblici da parte degli enti locali era contenuto nella legge 142/1990, all'art. 22. Si introduceva, infatti, la possibilità per i Comuni e le Province di gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale laddove fosse necessaria la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati (art. 22 co. 3 lett. e)³⁴.

La condizione di società "*maggioritaria*" rendeva possibile l'affidamento diretto senza gara.

Due anni più tardi, con la legge 498/1992 si introdusse invece la possibilità di costituire società miste anche con prevalente capitale privato, in deroga all'art. 22 della legge 142/1990³⁵. In questo secondo caso l'affidamento diretto non era più possibile, di talché si introdusse una procedura di tipo concorsuale per la scelta dei soci privati (d.P.R. n. 533/1996).

³⁴ Con l'art. 17, co. 58 della l. 127/1997 è stato modificato il contenuto dell'articolo, ampliando il novero delle società miste; secondo la nuova formulazione della lettera e) del co. 3 dell'art. 22 erano ammessi alla gestione di servizi pubblici «società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati». Entravano pertanto a far parte dei soggetti ammessi anche le società a responsabilità limitata nonché le società non soltanto non costituite ma anche semplicemente partecipate dall'Amministrazione.

³⁵ Cfr. art. 12 co. 1, l. 498/1992: «Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'articolo 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato».

Il contenuto della legge 142/1990 è stato successivamente recepito nel Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. 267/2000). L'art. 22, in particolare, è stato ripreso dall'art. 113 TUEL nel quale si prevedevano, al comma 5, cinque modalità di gestione comprendenti, tra le altre, la gestione a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, e quella a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria (che era poi disciplinata più nel dettaglio dall'art. 116). Il testo dell'art. 113 è stato tuttavia più volte modificato in maniera sostanziale³⁶. L'ultima modifica del comma 5, avvenuta per mezzo del d.l. 269/2003 (convertito in l. 326/2003), prevedeva che la titolarità del servizio potesse essere conferita, oltre che a società di capitali (individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica) e a società a capitale interamente pubblico (a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano), anche a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venisse scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che avessero dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche.

L'art. 113 comma 5 è stato successivamente abrogato dall'art. 12 comma 1 lett. a) del d.p.r. 7 settembre 2010 n. 168, ossia il Regolamento di attuazione dell'art. 23 bis comma 10 del d.l. 112 del 2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria).

L'art. 23 bis introduceva, infatti, un meccanismo di conferimento del servizio più restrittivo, riservando la modalità dell'affidamento c.d. *in house* esclusivamente a casi e situazioni eccezionali e prevedendo al contempo due modalità di affidamento a carattere ordinario³⁷: da un lato, l'affidamento a favore di imprenditori o società in qualsiasi forma costituite, individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; dall'altro, appunto, a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione

³⁶ L'art. 35 della l. 448/2001 aveva profondamente modificato l'assetto originario della disciplina. Il contenuto dell'art. 113 fu sostituito, infatti, da una previsione normativa che introduceva la nozione di servizi pubblici locali "a rilevanza industriale" accanto a quelli "privi di rilevanza industriale". Per i primi l'art. 113 abrogava di fatto tutte le forme di gestione previste fino a quel momento, permettendo unicamente il ricorso al mercato per l'affidamento a società di capitali. La società mista era una forma di affidamento del servizio riservata ai soli servizi privi di rilevanza industriale.

³⁷ Così nel testo a seguito della modifica apportata dal d.l. 135/2009, convertito con l. 166/2009; il testo originario prevedeva, infatti, che il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avvenisse in via ordinaria a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica: pertanto, a differenza del testo successivo alla modifica, non si prevedeva espressamente la possibilità di ricorrere alla società mista ma lo si lasciava intendere.

del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali avessero ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Si nota qui per la prima volta l'inserimento della previsione normativa di una gara c.d. a doppio oggetto, argomento sul quale tuttavia si tornerà in seguito.

L'art. 23 bis è stato successivamente oggetto di uno dei quattro quesiti del referendum del 2011. L'esito positivo del referendum ne ha determinato l'abrogazione.

Al fine di colmare il vuoto normativo che si era creato e nel tentativo di adeguare la normativa sia all'esito del referendum sia alla normativa europea, il legislatore era intervenuto con l'art. 4 del d.l. 138/2011. Anche se privo di pretesa sistematica, tuttavia esso riproponeva, in sostanza, il contenuto delle norme oggetto del referendum, suscitando fin da subito dubbi di costituzionalità. In particolare, al comma 12, si proponeva nuovamente il modello della gara a doppio oggetto (che, anzi, costituisce oggetto vero e proprio del comma) e si stabiliva, come già in precedenza, una partecipazione del socio privato non inferiore al 40% del capitale. Si aggiungeva, inoltre, la previsione che al privato fossero attribuiti specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La norma, pertanto, sembrava escludere, quantomeno in riferimento a tale contesto, la possibilità che fossero costituite società miste con la partecipazione di soci privati meramente finanziatori.

In ragione di questa previsione si stabiliva ancora che il bando o la lettera di invito dovessero assicurare: a) la prevalenza, di norma, dei criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio rispetto a quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) lo svolgimento da parte del socio privato selezionato degli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso (in mancanza di ciò si sarebbe dovuto procedere ad un nuovo affidamento); c) la previsione di criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

L'art. 4 è stato successivamente dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 199 del 2012 con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto che tale disciplina fosse, in buona parte, «*letteralmente riproduttiva*» di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo (d.p.r. 168/2010)³⁸.

Un ultimo cenno relativo alla disciplina deve essere compiuto in riferimento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006). In tale sede troviamo due riferimenti alle società miste: l'art. 1, comma 2, contiene una previsione generale secondo la quale, nei casi in cui le norme vigenti consentano la costituzione di società miste per la realizzazione o la gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure ad evidenza pubblica. È una norma che rafforza il principio dell'evidenza pubblica, ormai consolidato in relazione alla scelta del socio privato, confermando peraltro quanto già previsto a partire dall'art. 113 del TUEL.

³⁸ In particolare la Corte ritiene che i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli artt. 3 e 4 del regolamento (cfr. par. 5.2.1).

Il secondo riferimento del Codice è contenuto all'art. 32, comma 1 lett. c) e al comma 3³⁹. In quest'ultimo si afferma che le società miste non sono tenute ad applicare le disposizioni del Codice – limitatamente alla realizzazione dell'opera o alla gestione del servizio per i quali sono costituite – qualora ricorrano alcune condizioni, ossia che la scelta del socio sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica, che il socio privato possieda i requisiti di qualificazione prevista dal codice per la prestazione per la quale la società è costituita e, infine, che la società provveda alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70%.

In conseguenza delle vicende evolutive della disciplina, di cui si è detto, la normativa ora applicabile, stante la non reviviscenza della normativa antecedente a quella dichiarata incostituzionale, consiste, fino al nuovo intervento complessivo del legislatore in occasione sia del recepimento delle direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014, sia del riordino del Codice dei contratti e dell'attuazione della Legge Madia (l. 124/2015), nella normativa e nei principi di derivazione europea. Ed è proprio questo riferimento normativo a costituire oggi il fondamento per l'ammissibilità della costituzione di società miste, in assenza di una previsione normativa interna che, secondo la giurisprudenza, era condizione necessaria per la costituzione di esse.

In tema di società miste è necessario fare riferimento, a livello comunitario, alla nozione di partenariato pubblico privato.

Il Libro Verde del 2004 presentato dalla Commissione europea⁴⁰ ritiene che il concetto di "*partenariato*" si riferisca in generale a «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio».

Vi è la consapevolezza che sia sempre più indispensabile la collaborazione tra partner pubblici e privati, sia in ragione delle restrizioni di bilancio cui le amministrazioni pubbliche sono soggette, sia per la consapevolezza della possibilità di fruire del *know how* e della competenza di soggetti professionali del settore privato. Ovviamente un ambito privilegiato per l'intervento di forme collaborative è proprio quello dei servizi pubblici, in particolare a livello locale.

Il Libro Verde distingue tra partenariati contrattuali e partenariati istituzionalizzati (PPPI). I primi consistono in collaborazioni fondate su legami convenzionali tra i partner, i secondi invece implicano una cooperazione tra il settore pubblico e quello privato mediante un'entità distinta costituita appositamente.

La società mista, per come intesa nel nostro sistema, deve essere ricompresa nella

³⁹ L'applicazione dell'art. 32 del codice dei contratti era oggetto anche del comma 16 dell'art. 4 d.l. 138/2011. Si rafforzava, infatti, l'ambito della sua applicazione esclusiva ai casi in cui si fosse svolta una gara c.d. a doppio oggetto, ossia costruita in riferimento sia alla qualità di socio sia ai compiti operativi ad esso attribuiti.

⁴⁰ Cfr. COM(2004)327, Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

seconda categoria dei PPP.

Alcune ulteriori specificazioni in merito ai PPPI sono contenute in una Comunicazione interpretativa della Commissione del 2008⁴¹ che, di fronte alle preoccupazioni poste dagli operatori del settore ed in risposta ad una Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006⁴², si pone l'obiettivo di illustrare quelle che secondo la Commissione devono essere le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico privati istituzionalizzati. Si è cercato cioè, in assenza di disposizioni comunitarie sul tema dei partenariati, di conciliare questo istituto con la normativa assai più completa degli appalti e delle concessioni, al fine di fornire un quadro certo agli operatori ed alle Amministrazioni.

A livello generale si afferma che, ogniqualvolta l'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche, si devono rispettare i principi e le disposizioni in materia di appalti e di concessioni, questo anche laddove un'Amministrazione aggiudicatrice cooperi con un partner privato all'interno di una entità distinta.

Se fin da subito non si sono posti problemi in relazione al meccanismo di costituzione della società mista mediante la selezione del socio privato attraverso una gara, è risultato più complesso sciogliere il nodo relativo alle modalità di affidamento del servizio alla società stessa, posta l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria ed i limiti e requisiti necessari individuati per l'affidamento diretto.

Orbene, va considerato che proprio la normativa interna prevedeva, nel già citato art. 113 del TUEL, la possibilità di affidare il servizio a società miste specificando la necessaria individuazione, mediante gara, del socio privato ma nulla specificando in relazione alla modalità dell'affidamento della gestione, lasciando pertanto spazio alla possibilità di un affidamento diretto, in assenza di ulteriore procedura concorsuale.

Poiché la Corte di giustizia ha ritenuto, mediante la copiosa giurisprudenza relativa all'affidamento *in house*⁴³, che condizione essenziale per un affidamento senza gara sia la totale partecipazione pubblica al capitale del soggetto a cui si intende affidare il servizio, appare conseguenza inevitabile che non sia più possibile procedere ad affidamenti diretti a società miste.

Sulla base di queste premesse si sono sviluppati due indirizzi interpretativi sia in dottrina che in giurisprudenza.

⁴¹ Si tratta del documento 2008/C91/02, Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI).

⁴² Si tratta del documento P6_TA(2006)0462, in particolare punto 35. La Risoluzione, nel prendere atto che lo strumento dei partenariati pubblico privati si è molto diffuso in diversi Stati membri e che al contempo non esiste una legislazione comunitaria sul tema, ritiene necessaria un intervento di specificazione della normativa su concessioni e appalti che prenda in considerazione il fenomeno dei partenariati, al fine di garantire una maggiore certezza del diritto a beneficio soprattutto degli operatori del settore.

⁴³ Cfr., tra le altre, le sentenze Teckal, 18 novembre 1999, C-107/98; Stadt Halle, 11 gennaio 2005, C-26/03; Parking Brixen, 13 ottobre 2005, C-458/03; Carbotermo, 11 maggio 2006, C-340/04.

Un primo indirizzo, più rigido, riteneva che in ragione dell'esclusione della società mista dal meccanismo individuato per la gestione *in house*, sarebbe stato sempre necessario procedere allo svolgimento di una seconda gara per l'affidamento del servizio anche laddove già si fosse proceduto a mettere a gara la selezione del socio della società mista. Infatti, si sosteneva che vi potessero essere soggetti interessati a svolgere e gestire un servizio che tuttavia non avevano alcun interesse a farlo mediante la forma della società mista e che la necessità di adottare questa forma di cooperazione con il settore pubblico avrebbe limitato la libertà d'azione del privato, restringendo il mercato e la concorrenza. Inoltre, i criteri presi in considerazione per la scelta del socio ai fini della mera costituzione della società (*in primis* affidabilità economica e finanziaria) non necessariamente avrebbero preso in considerazione anche gli elementi e i requisiti necessari ad una valutazione sulla effettiva capacità gestionale del servizio.

In questo senso si pronuncia la sentenza n. 589 del 2006 del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia.

Il secondo orientamento, più pragmatico, è ben illustrato nel parere 456 del 2007 del Consiglio di Stato⁴⁴. Proprio a partire dalle medesime argomentazioni che sostenevano il primo indirizzo di pensiero, si riteneva di poter giungere ad altre conclusioni, escludendo pertanto la necessità di una seconda gara. Si osservava, infatti, che la soluzione di una doppia gara, la seconda delle quali vedrebbe quale concorrente la stessa Amministrazione aggiudicatrice in qualità di socio della società mista, porterebbe in ogni caso ad una negazione dei principi della concorrenza, risultando senza dubbio una posizione di conflitto di interessi e di distorsione del mercato.

Secondo il Collegio appare pertanto ammissibile il ricorso alla figura della società mista non tanto come beneficiaria di un affidamento diretto, quanto come modalità organizzativa con la quale l'Amministrazione possa controllare l'affidamento disposto, con gara, al "*socio operativo*" della società.

Pertanto, posta la necessità di motivazione da parte dell'Amministrazione che voglia ricorrere a questo modello, sarebbe possibile l'affidamento «ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'Amministrazione e della modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara».

Quindi, in sostanza, si ritiene compatibile con la normativa comunitaria un modello in cui sussistano due garanzie: in primo luogo, l'equiparazione della gara per la

⁴⁴ Il parere era stato richiesto dal Ministero delle politiche agricole e forestali (Dipartimento delle Politiche di sviluppo) in ordine alla legittimità di affidamento diretto del servizio SIAN (Servizio Informativo Agricolo Nazionale) alla società mista appositamente costituita SIN s.r.l., il cui socio privato era stato individuato mediante un'apposita gara.

scelta del socio (che si configura necessariamente come socio operativo) a quella per l'affidamento del servizio; in secondo luogo, il rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento: si prevede pertanto una durata massima della società mista legata all'affidamento. Il socio non può e non deve essere stabile e devono essere previste le modalità per la sua uscita dalla compagine societaria (con la liquidazione della sua posizione laddove nella gara successiva esso non risulti nuovamente aggiudicatario).

Dunque il Collegio proponeva quale soluzione idonea il modello della gara a doppio oggetto.

Il medesimo orientamento è stato ripreso dalla sentenza 1/2008 dell'Adunanza plenaria⁴⁵.

L'indirizzo giurisprudenziale interno e le indicazioni di *soft law* provenienti dal contesto comunitario sono state peraltro recepite dal legislatore italiano nelle modifiche all'art. 23 bis del d.l. 112/2008 da parte del d.l. 135/2009 che inserisce la previsione normativa della gara a doppio oggetto.

L'assenza, tuttavia, di piena chiarezza sulle modalità e gli spazi di azione hanno portato, poco tempo dopo, all'intervento anche della Corte di giustizia, sollecitata proprio dai giudici italiani. La Corte ha ritenuto l'inutilità di una doppia gara, nonché l'ammissibilità dello svolgimento in un unico contesto di una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

Nella sentenza del 15 ottobre 2009 (C-196/2008 - Acoset) si afferma, infatti, che *«introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello su cui verte la causa principale, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo»* (punto 58).

L'assenza di una gara specificamente dedicata all'affidamento del servizio (cioè l'affidamento diretto) è giustificata laddove *«la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario»* (punto 60). Infine si dice che *«Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene*

⁴⁵ La rimessione all'Adunanza Plenaria avviene con ordinanza della sez. V del 23 ottobre 2007, n. 5587.

all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato» (punto 61)⁴⁶.

Si precisa tuttavia una condizione: una società così costituita deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporta un obbligo di indire una nuova gara (punto 62).

L'orientamento che ritiene ammissibile, ed anzi inevitabile, il ricorso alla gara a doppio oggetto nel caso di affidamento a società mista, è stato poi ripreso e confermato nella giurisprudenza amministrativa successiva e in diverse deliberazioni dell'Avcp (poi divenuta ANAC).

Detto questo sulla genesi della gara a doppio oggetto e sulla sua riconosciuta ammissibilità, occorre ora individuare le condizioni necessarie che devono essere rispettate in tale tipologia di procedura ad evidenza pubblica.

In primo luogo, è condizione necessaria la delimitazione delle finalità della società, la predeterminazione dei compiti e delle funzioni: insomma, l'oggetto deve essere chiaro e non si può pertanto costituire una società "aperta", "generalista", dove cioè il socio privato possa andare a compiere funzioni e compiti operativi diversi rispetto a quelli per il quale è stato scelto.

Al contrario, vi sarebbe una ingiustificata restrizione del mercato ed una distorsione della concorrenza, non potendo altri potenziali partner privati concorrere per diverse e determinate attività. Tale oggetto deve rimanere uguale per tutto il tempo dell'affidamento e, conseguentemente, laddove dovesse mutare si dovrebbe necessariamente ricorrere ad una nuova gara⁴⁷. Anche ulteriori affidamenti diversi da quelli iniziali, e quindi non previsti inizialmente nel bando, richiederebbero una nuova gara; così d'altronde si ricava anche dall'art. 32 comma 3 del Codice dei contratti dove si stabilisce che l'esclusione dall'applicazione delle regole del codice stesso è possibile, per le società miste, limitatamente alla gestione del servizio per il quale sono state "specificamente" costituite⁴⁸.

Il concetto è indicato anche nella Comunicazione della Commissione europea del 2008, laddove peraltro si precisa che, tuttavia, «essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza». Conseguentemente, si aggiunge che è onere dell'Amministrazione che intende riservarsi questo margine di

⁴⁶ Ora, per effetto dell'art. 43 della direttiva concessioni, potranno essere introdotte delle modifiche alle concessioni anche per le società miste.

⁴⁷ Cfr. sentenze Tar Liguria, 18 gennaio 2012, n. 111; Cons. St. 4 agosto 2010, n. 5214; Cons. St. 15 ottobre 2010, n. 7533; Cons. St. 13 febbraio 2009, n. 824; Cons. St. 3 febbraio 2009, n. 1555; parere n. 7 del 2012 Corte dei Conti sez. reg. contr. Lombardia; delibera Avcp n. 9 adunanza 26 gennaio 2011; delibera Avcp n. 15 adunanza 24 marzo 2010.

⁴⁸ Si veda nota 15.

modifica prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che tutte le imprese interessate possano venirne a conoscenza fin dall'inizio.

La seconda delimitazione necessaria è quella temporale: il bando della gara deve individuare il termine del contratto sociale (che corrisponde al termine della durata del servizio). Ma delimitare temporalmente l'affidamento non è sufficiente: devono, infatti, essere previste sia modalità per l'uscita del socio dalla compagine societaria mediante l'obbligo di cessione delle quote, sia modalità di liquidazione della partecipazione in caso di successiva aggiudicazione ad altro soggetto⁴⁹.

Vengono infine in rilievo le modalità di svolgimento della gara. A questo proposito è utile riferirsi ancora alla Comunicazione della Commissione europea del 2008⁵⁰. Si afferma, infatti, in quella sede che, se l'incarico da affidare all'entità a capitale misto consiste nell'esecuzione di un appalto pubblico soggetto alla disciplina delle direttive in materia, anche la procedura di selezione del socio è soggetta a tale disciplina. Ciò significa che nel nostro caso si deve fare riferimento alla vigente normativa, ossia il Codice dei contratti (d.lgs. 163/2006) e poi in futuro al nuovo decreto legislativo che recepirà le tre direttive n. 23, 24 e 25 del 2014..

Nel caso in cui si tratti di una concessione di lavori o di un appalto solo parzialmente disciplinato dalle direttive occorre fare riferimento alle regole e ai principi fondamentali dei Trattati e le disposizioni applicabili delle direttive.

Infine, nel caso di concessioni di servizi o di appalti pubblici non rientranti nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner dovrà essere effettuata semplicemente nel rispetto dei principi dei Trattati.

Poste le basi giuridiche relative alla disciplina di riferimento, la Comunicazione fornisce ulteriori indicazioni in merito alla procedura di aggiudicazione. Sul punto si specifica che, quando si tratta di aggiudicare un appalto pubblico interamente disciplinato dalla direttiva del 2004 ad una entità mista, l'Amministrazione può ricorrere anche alla procedura del dialogo competitivo⁵¹, ritenendo che le procedure aperte o ristrette possano non essere sufficientemente flessibili in questi casi. Al contempo, e sempre secondo quanto disposto dalla direttiva sugli appalti, è possibile ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara solo in casi eccezionali.

⁴⁹ Cfr. Cons. St., sentenza 30 settembre 2010, n. 7214; deliberazione Avcp n. 49 adunanza 21 maggio 2009.

⁵⁰ Il contenuto della Comunicazione della Commissione europea del 2008 è ampiamente ripreso nella sentenza del Consiglio di Stato 16 marzo 2009, n. 1555. La sentenza evidenzia peraltro la portata di tale atto di *soft law*, ricordando che «tale testo non può assumere portata decisiva o troncante sulla materia (in costante evoluzione) né ai fini della decisione della presente controversia (nella stessa Comunicazione interpretativa, se ne pone in luce la portata, nell'ultimo capoverso del paragrafo 1 dedicato all'introduzione, laddove si fa presente che «la presente comunicazione non introduce alcuna nuova normativa, ma riflette l'interpretazione data dalla Commissione al trattato CE, alle direttive in materia di appalti pubblici e alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE). È opportuno rilevare che, in ogni caso, l'interpretazione del diritto comunitario spetta in ultima istanza alla CGCE.»)».

⁵¹ Cfr. art. 58 del Codice dei contratti (art. 29 dir. 2004/18/CE).

Sempre nel caso in cui l'incarico affidato alla società mista rientri in quelli disciplinati dalla direttiva occorre, inoltre, rispettare le specifiche disposizioni relative alla pubblicità. Nel caso di altri appalti e concessioni di servizi deve essere in ogni caso assicurato il rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento. Questa esigenza di pubblicità viene adempiuta adeguatamente, sempre secondo la Comunicazione, mediante la pubblicazione di un bando di gara accessibile alle parti interessate prima della selezione del partner privato. Devono essere resi noti i criteri di selezione e di aggiudicazione per l'individuazione del partner, che devono rispettare il principio di non discriminazione.

Tra i criteri specifici la Comunicazione ne ricorda alcuni previsti dalle direttive in materia di appalti, ossia quelli relativi alle capacità personali del partner privato, la situazione personale del candidato, la sua capacità economico finanziaria, l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale e le capacità tecniche e professionali⁵².

Infine un'ultima raccomandazione contenuta nella Comunicazione riguarda specificamente le informazioni che l'Amministrazione, nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione, dovrebbe inserire nel bando: tra queste, oltre al contenuto stesso dell'affidamento (sia esso un appalto o una concessione), dovrebbero essere presenti informazioni relative allo statuto dell'entità che si va a costituire, al patto tra gli azionisti e a tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto tra l'Amministrazione aggiudicatrice e il partner privato selezionato, e, dall'altro, tra l'Amministrazione e la nuova società costituenda.

Come ripetutamente osservato, la normativa interna non fornisce utili chiarimenti sulle modalità di svolgimento delle gare per l'individuazione del partner privato.

E in realtà difficilmente si può fare riferimento al d.p.r. 533/1996. Tale regolamento, sebbene mai formalmente abrogato, era stato emanato in attuazione dell'art. 12 della legge 498 del 1992 (oggi abrogato) in relazione alla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti locali con capitale privato maggioritario.

In ogni caso da tale disciplina si possono ricavare talune indicazioni generali (ovviamente in quanto compatibili con l'attuale normativa) utili all'interprete: si prevede che il socio privato di maggioranza sia scelto dall'ente promotore della società mediante una procedura concorsuale ristretta; il bando deve indicare i contenuti essenziali dello statuto della società costituenda, con riferimento in particolare alle clausole che attribuiscono speciali diritti e facoltà agli enti pubblici partecipanti, e del contratto di società; deve inoltre indicare i contenuti essenziali dell'eventuale disciplina integrativa dei rapporti tra ente promotore e il socio di maggioranza. Ovviamente deve essere indicata la natura del servizio nonché le eventuali opere necessarie allo svolgimento dello stesso, la durata della società, i criteri che saranno seguiti in sede di valutazione e comparazione delle offerte.

⁵² La Comunicazione rinvia poi, in materia di servizi sociali di interesse generale, al documento di lavoro dei servizi della Commissione intitolato "*Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*" (SEC(2007)1514).

Un'ultima indicazione riguarda i rapporti tra l'ente pubblico ed il socio privato: i rapporti sono regolati o all'atto della costituzione della società o con apposite convenzioni in modo da assicurare il corretto svolgimento del servizio e la permanente verifica della conformità dell'assetto societario all'interesse pubblico alla gestione del servizio. Si specifica inoltre che la convenzione attribuisce all'ente concedente gli strumenti opportuni per verificare l'economicità della gestione e la qualità dei servizi, anche in relazione alle esigenze degli utenti.

È evidente, concludendo, come, poste queste indicazioni fondamentali, il dettaglio è rimesso alla valutazione dell'Amministrazione proponente, in relazione alla reale esigenza del caso concreto.

Resta da esaminare l'indirizzo che tende a sostenere l'ammissibilità di una società mista in cui il socio privato non sia un socio operativo bensì un mero socio finanziatore, che non partecipa all'espletamento concreto del servizio. Può darsi il caso di società mista con socio operativo, secondo il modello di cui sopra, cui si aggiunge un socio finanziatore; oppure quello in cui l'unico socio dell'ente locale sia il socio finanziatore. Nel primo caso si tratterebbe di società mista "anomala". Nel secondo di società in house "anomala". Della presenza di un socio privato nella società in house si è discusso in precedenza.

Come si è poc'anzi evidenziato, il principio europeo che regge l'affidamento diretto a società mista è la gara per la scelta del socio che ha dei contenuti e le modalità di una gara per l'affidamento del servizio.

Il tema non è stato ripreso dalle direttive del 2014, che quindi non hanno dato ulteriori contenuti e chiarimenti.

A sostegno della possibilità di inserimento di un socio finanziatore si adduce l'inesistenza di un divieto comunitario ed anzi un favor per la collaborazione pubblico privato. Ad iniziare dal Libro Verde sui Partenariati pubblico privati del 2004. Il Libro Verde ha la finalità di verificare l'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno dei PPP. Particolarmente rilevante ai nostri fini è il paragrafo 66 laddove si afferma che «*occorre quindi ricordare che il diritto comunitario degli appalti pubblici non ha di per sé il compito di regolamentare operazioni che rappresentano semplici versamenti di capitale da parte di un finanziatore ad un'impresa, sia appartenente al settore pubblico sia privato. Queste operazioni rientrano nel campo d'applicazione delle disposizioni del Trattato relative al libero movimento dei capitali e ciò implica in particolare che le misure nazionali che le regolamentano non devono costituire degli ostacoli agli investimenti provenienti da altri Stati membri*». Tuttavia si osserva anche (paragrafo 69): «*la buona pratica consiglia di accertarsi che tale operazione in capitale non nasconda in realtà l'attribuzione ad un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni. In particolare ciò accade quando, prima dell'operazione in capitale, l'impresa in questione si vede attribuire, direttamente e senza messa in concorrenza, degli incarichi particolari, nell'intento di rendere attraente l'operazione in capitale*».

Da tali disposizioni si evince pertanto il principio che il mero apporto di capitali

non solo è ammissibile, ma non può essere vietato in quanto ciò contrasterebbe con i principi del Trattato relativi al libero movimento dei capitali.

Più semplicemente il mero socio finanziatore non potrà espletare alcun compito operativo, soprattutto se la sua entrata nella società non sarà preceduta da una gara diretta a verificare i requisiti non solo economici ma anche tecnici, diretti ad accertare la sua capacità ad espletare in concreto il servizio affidato alla società medesima.

Vi è poi la Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (Risoluzione n. 2006/2043 – INI).

In essa il Parlamento europeo espressamente afferma che «la finalità dei contratti PPP è quella di far beneficiare gli enti pubblici delle capacità di concezione, costruzione e gestione delle imprese private come pure, se necessario, delle loro *capacità finanziarie*», aggiungendo altresì che la cooperazione tra le autorità pubbliche e l'industria può creare sinergie e avere effetti positivi in termini di interesse pubblico, consentire una gestione più efficace degli stanziamenti pubblici nonché, in periodi di scarsità di mezzi pubblici, fungere da alternativa alle privatizzazioni e contribuire alla modernizzazione amministrativa grazie all'applicazione di conoscenze e procedure dell'economia privata.

Altresì la Commissione europea, nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 19 novembre 2009 (COM 2009-615), nell'analizzare l'istituto dei partenariati pubblico-privati anche nel settore dei servizi pubblici, ha posto in evidenza che la funzione di essi non è soltanto quella di apportare competenze tecniche e *know how*, bensì spesso quella di «alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche».

Dunque, in tale comunicazione la Commissione evidenzia (e legittima) quella che è nella prassi la funzione fondamentale per cui si ricerca un socio privato finanziatore, evidenziando come l'apporto del finanziamento privato consente di «*ridurre la pressione immediata sui bilanci pubblici e permette di anticipare di molti anni i progetti infrastrutturali*».

D'altro canto la Commissione rileva che siffatte forme di partenariato «*consentono inoltre di favorire il reperimento di fondi privati e di unirli alle risorse pubbliche; si tratta di vantaggi di particolare importanza nella situazione economica attuale, in cui gli Stati membri cercano di reagire alla crisi accelerando gli investimenti ma facendo attenzione a rispettare la disciplina di bilancio*» (la comunicazione citata è del 2009).

Non contrasta con tale ragionamento il fatto che nella Comunicazione interpretativa della Commissione 2008/C/91/02 si affermi (cfr. secondo capoverso dell'Introduzione) che il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPP, con conseguente esclusione dell'applicabilità della Comunicazione alla situazione sopra descritta. Tale Comunicazione, infatti, individua i principi da seguire nelle procedure di gara per la scelta del socio privato operativo ed è ovvio che non sia applicabile alla fattispecie in cui l'apporto sia solo di capitale.

D'altro canto non è certo infrequente, nel nostro panorama interno, assistere a

fenomeni di società miste che gestiscono servizi pubblici aventi rilevanza economica in cui le capacità operative sono già insite nella struttura societaria e la parte privata viene individuata esclusivamente per la funzione di apporto di capitale: le esigenze delle società pubbliche possono essere (ciò è intuitivo) non solo correlate alla acquisizione di tecnologia od organizzazione, ma anche (e soprattutto) laddove tale componente sia già presente, all'acquisizione di apporti finanziari.

Vi è poi la nuova direttiva sulle concessioni che, come si è illustrato nei paragrafi che precedono, introduce la possibilità che i privati entrino nelle società pubbliche erogatrici dei servizi apportando solo capitali purché non in misura tale da esercitare controllo, potere di veto o un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (cfr. art. 17). Nonostante si tratti qui di forme di partecipazione "*prescritte dalle leggi nazionali*", è possibile che si afferma un'interpretazione diciamo così estensiva, che consenta più largamente l'ingresso di soci meramente finanziatori⁵³.

Passando poi all'esame della giurisprudenza nazionale, può essere citata la decisione della Sez. V del Consiglio di Stato n. 5587/2007. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha rimesso alcune questioni all'Adunanza plenaria, tra le quali, per quanto qui interessa, una relativa alla compatibilità con il diritto comunitario della costituzione di società miste in cui uno o più partner privati si limitino ad apportare capitale, ma nella prospettiva di definire una forma di finanziamento per lo svolgimento di impegnative funzioni richiedenti ingenti capitali di investimento.

Secondo la Sezione l'ordinamento comunitario non pone divieti assoluti di coinvolgere nel partenariato pubblico privato soggetti che intendano solo finanziare la società purché il loro apporto presenti comunque un adeguato tasso di specificità professionale.

L'Adunanza plenaria, nella decisione n. 1/2008 non fornisce, invece, sul punto alcuna risposta. Infatti, dopo aver riaffermato che il modello della società mista e della gara a doppio oggetto già delineato dal parere del Consiglio di Stato n. 456 del 2007 si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società, ritiene che «allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "*praeter legem*", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia».

Può essere, altresì, ricordata sul tema la pronuncia del Consiglio di Stato Sez. V n. 8376/2009 che ha affermato che esorbita dalla giurisdizione amministrativa, non configurandosi come un PPPI, ogni altra vicenda in cui una società affidataria di un servizio riceva apporti al proprio capitale da parte di soggetti privati che siano meramente finanziatori, ossia non aventi le caratteristiche di soci industriali o i quali comunque non

⁵³ La sede ove introdurre le norme in questione è il decreto legislativo sulle società partecipate in attuazione della legge di delega n. 124/2015 posto che l'art. 18 lett. b) della legge demanda al Governo di individuare le tipologie societarie pubbliche ammissibili sulla base di una serie di criteri tra i quali compaiono anche quelli riguardanti la qualità e la quantità delle partecipazioni.

partecipino direttamente alla gestione o allo svolgimento del servizio affidato.

Resta da chiedersi se per l'individuazione del socio privato meramente finanziatore occorra o no esperire una procedura ad evidenza pubblica.

A livello comunitario non esiste alcun elemento che chiarisca tale aspetto. Anzi, il fatto che nel Libro Verde del 2004 si faccia riferimento ai principi del Trattato sulla libera circolazione dei capitali potrebbe far propendere per una soluzione negativa al riguardo e cioè che non sarebbe necessaria alcuna gara o procedura ad evidenza pubblica.

Anche la nuova direttiva sulle concessioni non sembra richiede la necessità di una gara per il socio privato finanziatore che non eserciti alcuna influenza decisiva sulla società, né disponga di alcun potere di veto e di controllo.

Occorre peraltro sottolineare che vi sono delle norme nel nostro ordinamento, che seppur generali, richiedono il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per la ricerca di un socio privato in una società mista, di qualunque tipo sia. Si tratta in primo luogo dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n.163/2006 il quale prevede «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». Vi è poi l'art. 113, comma 12 del d.lgs. 167/2000 (norma ancora in vigore) concernente i servizi pubblici aventi rilevanza economica, il quale stabilisce che l'ente locale, allorché decida di cedere la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi pubblici, debba comunque esperire una procedura ad evidenza pubblica. Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha affermato ormai da tempo che la necessità di esperire una procedura ad evidenza pubblica per acquisire un socio di società pubblica corrisponde ad un principio generale insito nell'ordinamento.

Da ciò consegue che anche per la ricerca del socio privato nelle società *in house* – se fosse ammessa - si dovrà procedere con gara. Non una gara a doppio oggetto, visto che per la società *in house* non si configura alcun affidamento di concessioni.

Concludendo, non esiste quindi alcun principio o norma che vieti che il capitale di una società pubblica possa essere integrato con capitali e risorse privati. Il socio privato meramente finanziatore non potrà svolgere concretamente il servizio, anche se potrà dare il proprio contributo in termini di migliore gestione delle risorse economiche anche tramite l'elaborazione di un piano economico finanziario.

Ma si tratterebbe di un modello nuovo e diverso dalla società mista affidataria diretta perché provvista di socio privato operativo, e dalla società *in house* con soci privati, soggetta al controllo analogo, che avrebbe necessità di una disciplina specifica. Ci si chiede se si possa ritenere che il socio privato, anche se apporta capitali e non svolge in concreto il servizio, sia pur sempre un socio operativo, diversamente operativo, che conferisca risorse economiche ed al contempo il *know how* necessario al fine di conseguire e mantenere l'equilibrio economico finanziario per tutta la durata del servizio.

D'altra parte anche il disegno di legge concernente la delega al Governo per l'attuazione delle direttive comunitarie n. 23, 24 e 25 del 2014 e per il riordino del codice dei contratti, prevede la razionalizzazione e l'estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di

carattere finanziario innovativi e specifici e ponendo il piano economico finanziario quale elemento essenziale per un corretto svolgimento del servizio e per la realizzazione degli investimenti necessari per l'adeguamento delle infrastrutture.

Infine, la legge Madia n. 124/2015 conferisce al Governo la delega a procedere ad una razionalizzazione delle società pubbliche individuando le tipologie societarie ammissibili, anche in relazione alla qualità e quantità della partecipazione.

Sarà dunque necessario che in tale sede il Governo valuti l'opportunità di introdurre delle norme volte a consentire la presenza di capitali privati in società *in house*, ovviamente nel rispetto di quanto previsto dall'art. 17 della direttiva concessioni, nonché la possibilità di costituire società miste con un socio privato meramente finanziatore.

Parimenti necessario sarà l'introduzione nel futuro decreto di riordino della disciplina in materia di contratti pubblici della regolamentazione afferenti le procedure di gara per la scelta del socio privato (nella società mista cosiddetta "*tradizionale*", posto che allo stato attuale non esiste alcuna normativa, né nazionale né contenuta nelle direttive comunitarie, che disciplini siffatte procedure.